

LA FACULTAD JURÍDICA DEL USUFRUCTUARIO DE AFECTARLO AL RÉGIMEN DE VIVIENDA

Autor: Leandro R. N. Cossari*

Ponencia

De lege data: *El usufructuario tiene, dentro de su derecho para disponer jurídicamente del bien, la facultad de someterlo al régimen de vivienda, consecuencia de la interpretación armoniosa de los arts. 2129, 2142, 2144; 244 y 245 del Código Civil y Comercial de la Nación*

De lege ferenda: *Incluir expresamente la facultad del usufructuario de afectar al régimen de vivienda el inmueble sobre el que recae su usufructo, en la medida de ese derecho real.*

1. Introducción.

En esta ponencia nos referiremos a la facultad jurídica del usufructuario de someter el bien inmueble objeto del usufructo bajo el régimen de vivienda. La capacidad jurídica del usufructuario para disponer de su derecho (art. 2142 CCCN) y estar consiguientemente también expuesto a ser ejecutado por los acreedores en su derecho real (art. 2144 CCCN), llama a considerar dentro de sus nuevas capacidades de disposición la posibilidad de su afectación al régimen de protección de la vivienda (arts. 244 y siguientes CCCN), de cumplirse con los demás extremos del instituto.

2. La situación histórica en el Código Civil de Vélez Sarsfield.

Con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no había un interés práctico en concebir la inscripción del usufructo bajo el régimen del entonces “bien de familia”.

En el régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield, no existía la posibilidad de que el usufructuario pudiera transmitir su derecho real, consecuentemente tampoco podría ser embargado y ejecutado en su derecho real por sus acreedores más que en el producido de los frutos.

"La posición dominante, receptada por la jurisprudencia, entiende que el Código Civil permite exclusivamente la cesión del ejercicio e invoca la interpretación literal del art. 2870, que autoriza al usufructuario a "ceder el ejercicio de su derecho a título oneroso o gratuito"¹, más no habilitaba la enajenación del derecho real.

* Profesor Asistente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor Adjunto de Derechos Civil IV - Universidad del Centro Educativo Latinoamericano

¹ LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, 2º edición actualizada y ampliada, La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, T VI, n° 1363 ter, p. 122.- Héctor Lafaille en

La definición clásica del usufructo atribuido en el Digesto Romano a Paolo,² fue mantenida en forma casi textual por nuestro codificador civil originario “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal de que no se altere su sustancia”. (art. 2807 C.Civ Vélez Sarsfield).

Ya desde la época del Derecho Romano “El usufructuario no podía enajenar su derecho, pero nadie le impedía ceder su ejercicio”³. El Código Civil Vélez estableció que “El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo, o ceder el ejercicio de su derecho a título oneroso o gratuito; pero permanece directamente responsable al propietario...” (art. 2870 C. Civ. Vélez Sarsfield) Pero en ningún caso podía el usufructuario transferirlo y, como contrapartida, tampoco podía ser embargado y ejecutado por los acreedores. Bien expresa Messineo⁴, el usufructo era la antítesis de los derechos activamente ambulatorios.⁵

El usufructuario por definición carecía del *ius abutendi* como la capacidad de disposición, tanto en el sentido de destino material como jurídica sobre la cosa⁶.

La imposibilidad de que el usufructo circulara desde el punto de vista activo llevaba a la consecuencia lógica de que los acreedores, ante una deuda incumplida por el usufructuario, pudieran sólo embargar los frutos que la cosa produjera, o en su caso hacerse del uso si se hubiera convenido una anticresis (arts. 3242 y 3241 C. Civ. Vélez Sarsfield). Pero en ningún caso podría perder su derecho real como tal; es por ello que se tornaba innecesario teorizar sobre la posible sujeción del usufructo al régimen jurídico del entonces bien de familia.

El usufructuario no era dueño de la cosa, y por lo tanto no podía prendaarla (art. 3213 C. Civ. Vélez Sarsfield) ni hipotecarla (art. 3119 C. Civ. Vélez Sarsfield), ni transferir su derecho real como tal, por lo que tampoco podía ser atacado por los acreedores por esta vía o estar expuesto a perder su derecho.

3. La situación actual en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Tras la reforma y nueva codificación en el Derecho Civil y Comercial, hoy el usufructo puede ser transferido por acto entre vivos, sea a título oneroso o gratuito, así como embargado y ejecutado por los acreedores del usufructuario con los mismos efectos que si se tratara de la transferencia onerosa del derecho real (arts. 2142 y 2144 CCCN)

Define el art. 2129 CCCN : “Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.” Es coherente con esta capacidad de transmitir el derecho real la incorporación del *ius abutendial* menos en su aspecto de “disposición jurídica” -y excluyendo la disposición material para “alterar la sustancia”- de la definición. Esta aptitud para circular que posee ahora el usufructo como derecho real cambia uno de los aspectos naturales de este derecho en materia de

su redacción original forma parte de la tesis opuesta a la que presentamos como mayoritaria en la doctrina.

²Digesta Iustiniani, Liber 7.1.1.- *Paulus libro tertio ad Vitellium*. "Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia."

³ Argüello, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, Ed. Astrea, 1998, 3ª edición corregida y 6ª reimpresión, p.258

⁴ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Bs.As. 1971, Ed. Jurídicas América-Europa, Tomo III, p. 464.

⁵ Tenemos presente que el Derecho Italiano permite la enajenación del usufructo.

⁶ Recuerda Vélez Sarsfield en la nota a la redacción original del art. 2513 “La palabra *abutide* los Romanos expresaba solamente la idea de la disposición y no de la destrucción de cosa”.

las facultades que confiere a su titular, y consecuentemente, de los acreedores para agredirlo.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la habilitación para disponer del usufructo es amplia: El usufructuario puede transmitir su derecho real (art. 2142 CCCN) y puede ser también ejecutado por los acreedores (art. 2144 CCCN).

Todos los bienes presentes y futuros del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de los acreedores; el acreedor puede pedir la venta judicial de los bienes del deudor, con excepción de los que el Código o las leyes especiales declaran inembargables o inejecutables (arts. 242 y 743 CCCN)

"Coherentemente con la facultad del usufructuario de enajenar, el usufructo se sitúa en el derecho de los acreedores de ejecutar forzosamente el usufructo"⁷

No es difícil entonces imaginar que el usufructuario viva sólo o con su familia en el inmueble sobre el que tiene el derecho; si no lo pudiera amparar bajo el régimen de vivienda, estaría siempre expuesto y a merced del ataque de los acreedores.

4. El régimen de vivienda.

Por otro lado, tenemos que ver si el usufructuario goza de legitimación activa para poder afectar su usufructo al régimen de vivienda. El art. 245 CCCN dice que la afectación "puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente."

La expresión empleada "titular registral" es poco feliz, sabemos que se es dueño con título suficiente y modo, si bien la inscripción previa o simultánea del título en el Registro Inmobiliario será requerida a los efectos del tracto.⁸

Cabe preguntarse qué ocurre respecto del titular de un derecho real de usufructo, no enunciado en el artículo referido junto al "titular registral" y a los condóminos. Téngase presente que el usufructo se ejerce por la posesión y su objeto puede estar también destinado a vivienda con los alcances que exige el régimen de protección previsto en el Código.

Desde el punto de vista legal el término "titular registral", que criticamos por su inexactitud, es lo suficientemente genérico y amplio para ser incluidos otros derechos reales que se ejerzan por la posesión sobre inmuebles, destinados a vivienda y que estuvieren expuestos a la ejecución de los acreedores. Esto resulta también coherente con la finalidad protectoria del instituto de la vivienda.

Reparamos también en que no se hizo tampoco mención de la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, y la superficie, que de hecho también pueden estar destinados a vivienda. ¿Acaso debemos entender que el legislador quiso excluirlos? Nadie dudo sobre la facultad del primero de ellos respecto a la aplicación del anterior régimen de "bien de familia", aunadmitiendo se trata de un derecho real distinto del dominio y el condominio.⁹

⁷ COSSARI, Nelson G. A. en ALTERINI, Jorge H. *Código Civil y Comercial Comentado*. Tratado Exegético. La Ley 2015, Tomo X. Comentario al art. 2144 pág. 273

⁸ COSSARI, Leandro R. N. en BUERES, Alberto J. *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. Hammurabi 2014. Tomo 1. Comentario al art. 245 pág. 240.

⁹ En su momento, recordamos, la omisión de la propiedad horizontal en la enumeración de sujetos legitimados en la ley 14.394 era en realidad consecuencia justificada en no considerarse pacíficamente a

Creemos entonces que decir “titular registral” es lo suficientemente genérico y amplio para comprender tanto el derecho real de dominio y condominio, como así también todo derecho real que se ejerce por la posesión y que recae sobre inmuebles susceptibles de ser destinados a vivienda y que se encuentran expuestos a la agresión de los acreedores. Sostenemos es de toda justicia que los usufructuarios de bienes inmuebles puedan proteger su vivienda de la agresión de los acreedores, lo que condice con los extremos y finalidades del instituto, de protección de la vivienda.

5. Facultades del usufructuario.

Mencionábamos ya, el propio Código Civil y Comercial de la nación, en la misma definición ha incluido entre las facultades del usufructuario la facultad disponer jurídicamente del usufructo y con él de la cosa, en la medida de sus derechos de usufructo. Esta disposición, puede hacerse en tanto no altere la sustancia, su destino, su esencia. Claro está, al amparar el usufructo bajo el régimen de vivienda en nada se ve afectada la materialidad del inmueble sino que solo se atiende a su aspecto jurídico. Si la cosa tiene destino vivienda, no se verá alterado, sino que por el contrario, se hace uso de las facultades jurídicas para disponer y proteger su derecho, e incluso amparar el destino.

Es por ello que no encontramos un obstáculo desde lo legal, en las facultades de disposición jurídica del usufructuario y la naturaleza protectoria del régimen de vivienda para someter al usufructo a este régimen como parte de las facultades del usufructuario.

Por supuesto que la afectación durará solo mientras exista el usufructo y se extinguirá con el mismo. Asimismo cabe aclarar que, por supuesto, la afectación al régimen de protección de la vivienda del usufructo, no impide que los acreedores del nudo propietario ejecuten la nuda propiedad.

la propiedad horizontal como un derecho real autónomo y distinto de una mera yuxtaposición de los derechos reales de dominio sobre las unidades funcionales y condominio con indivisión forzosa sobre las partes comunes con fundamento en la redacción del art. 2 de la ley 13.512.